

米国の国際航空事業における反トラスト法適用除外制度

著者	土佐 和生
雑誌名	甲南法学
巻	51
号	3
ページ	239-265
発行年	2011-03-30
URL	http://doi.org/10.14990/00000722

米国の国際航空事業における 反トラスト法適用除外制度

土 佐 和 生

はじめに

国際航空事業については、2009年12月の日米間のオープンスカイ協定（以下、OSA⁽¹⁾）の締結（2009年12月に実質合意、2010年10月に了解覚書（MOU）署名）に関わって、米国反トラスト法からの適用除外制度（Anti-trust Immunity 以下、ATI）に、社会的注目が集まっている。一方で、OSAにより航空会社は両締結国間で発着地設定や料金設定等について事業活動上の自由を得る。他方で、航空会社は、この事業活動上の自由にもとづき、例えばいわゆるアライアンス⁽²⁾という形で、相互にその事業活動⁽³⁾を制約し合おうとすれば反トラスト法上のリスクも負うことになる。米国航空法には、航空会社が負うべき、あり得べきこの反トラスト法上のリスクを、米国運輸省（Department of Transportation 以下、DOT）が事前にクリアランスするものとして、上記ATIが存在する。競争政策的見地から見て、このATIが広く機能すると、本来見逃すべきでなく、かつそれによって失われる競争上のデメリットを上回るほどには需要者の利便にも資するところのない航空会社間の共同行為等を免責する結果を招く。逆に、狭く機能すると、航空会社が、与えられた事業活動上の自由を活用して試みる様々な共同の挑戦を萎縮させてしまうおそれがある。

る。この点を、DOT は、いかなる政策意図の下、具体的にどのように扱っているか。このような問題意識から、本稿では、上記 ATI の概要と DOT によるその運用について述べたい。

ところで、本稿の問題意識は、米国の ATI と類似する、わが国の航空法における国際航空事業における独占禁止法（以下、独禁法）適用除外制度をどう考えるべきかという課題にも繋がる。本制度については、かねて公正取引委員会（以下、公取委）および規制改革会議の累次の報告書において、その存在意義について疑念が示されてきた。⁽⁴⁾ 従来、管見の限り、米国の国際航空事業における ATI について論じる論文は極めて乏しい。この点でも、本稿は、わが国の今後の議論に裨益したいと思う。

I 米国法における反トラスト法からの適用除外制度—総論

そもそも、反トラスト法適用除外制度とは何か。反トラスト法は、原則としてあらゆる産業・業種を問わず適用される。しかし適用除外が一切許されないとは考えられていない。具体的には、第 1 に制定法によるもの、第 2 に裁判所による判例法理（拘束性のある先例（doctrine））がある。判例法理による適用除外としては、Noerr-Pennigton 理論、⁽⁵⁾ 州政府行為理論、⁽⁶⁾ 労働組合に関する適用除外、⁽⁷⁾ 黙示の適用除外、⁽⁸⁾ 優先的管轄権の理論、⁽⁹⁾ 届出料金理論等があることは広く知られている。また、制定法上の適用除外制度にも様々なものがあり、上記航空法上の ATI もその 1 つである。2007 年現在、米国では 20 を超える制定法上の適用除外制度が存在している。

歴史的に見ると、適用除外について、当初、裁判所は限定的にしか認めなかった。シャーマン法 1 条および 2 条における「数州間ないし外国との間での取引または商業（trade and commerce）」という文言およびクレイトン法ならびに FTC 法における「商業」という文言の解釈による安易な限定、またそれを通じての反トラスト法の適用範囲の縮減は許容さ
(甲南法学'11) 51-3-240 (542)

れなかった。逆に、少なくとも20世紀以降、適用除外は広く認められる傾向にある。⁽¹¹⁾ まず1930年代までに運輸産業の多くの業種が、制定法を通じて反トラスト法から適用除外となった。この時期は、伝統的な意味における公益事業法が形成された時代である。特に鉄道業は元来 ICC（州際通商委員会）による規制に服していたこともあり一貫して適用除外を求めていた。最初の適用除外に係る制定法は、外航海運業に係る1916年海運業法（Shipping Act）である。次に、1920年運輸法（Transportation Act）にもとづく鉄道業における合併その他の協定の適用除外がある。通信法は1934年の制定である（Communication Act）。トラック輸送業等に関する道路運送法（Motor Carrier Act）は1935年の制定である。民間航空法（Civil Aeronautics Act）は1938年の制定であり適用除外を認めていた。最後に、第二次大戦後の1948年に、鉄道業における特定の価格協定に限って適用除外を認める Reed-Bulwinkle Act が続く。経済理論的には、いわゆる固定費用が巨大な産業における破滅的競争観が支配的である時代であった（上記の通り、海運業法では、当初、外航海運に係る競争事業者間での価格カルテルまで許した）。

Ⅱ 米国航空法における ATI の概要

上記の通り、米国における航空事業は、国内・国際を問わず 1938 年民間航空法（Aeronautics Act of 1938）で適用除外が認められていた。⁽¹²⁾ また、1958年連邦航空法（Federal Aviation Act of 1958）においても、この事情に変化はなかった。しかし、1978年航空規制改革法（The Airline Deregulation Act of 1978）および国際航空競争法（The International Air Transportation Competition Act of 1979）により自由競争の原則が採用され、それ以降先の原則・例外が逆転し、適用除外認可権限が CAB から DOT に移管された。最終的に DOT のこの権限は国内航空については1989年1月1日付で終了した（1989年 CAB サンセット法 Pub. L. No. 98-443,

98 Stat. 1703 (1984), § 3) が、国際航空については存続せしめられて現行法となっている。この立法経緯を眺めると、米国航空法上の反トラスト法適用除外制度は、国際航空では二国間交渉が決定的に重要であって、他国政府との間での米国政府による自由化交渉を進める上で当該適用除外制度が必須であるとの連邦議会の認識から残されたことが理解される。⁽¹³⁾ なお、このような米国航空法上の反トラスト適用除外制度が国際航空自由化交渉のツールとして、それと相互に関連すべきものと意図されていたことは、ことにわが国航空法上の独禁法適用除外制度との対比で、本制度の意義や趣旨・目的を体系的・構造的に理解する上で極めて重要である。

関係する条文の構造自体は複雑であるが、この手続の要点は、通常、二段階の審査からなる。まず、41309条 (b) にもとづき、アライアンスの形成ないし強化に伴う複数の航空会社間での提携に係る国際協定（以下、アライアンス協定）が、競争を実質的に弱め、または失わしめる⁽¹⁵⁾ (substantially reduces or eliminates competition) が故に、公共の利益 (public interest) を害するかどうか審査される。かりにアライアンス協定が、この意味での公共の利益を害すると認めるとしても、41309条 (b) (1) (A) にもとづき、当該協定が、重大な運輸上の必要性に対処するために、または重要な公共の便宜 (public benefits) (国際礼讓と外交的配慮を含む) を達成するために必要であり、かつこの運輸上の必要性または上記便宜が合理的に利用可能な、実質的により反競争的でない (materially less anticompetitive) 代替措置によっては対処できず、または達成できない場合には、運輸長官は、適用除外を認可しなければならないとされる (41308条 (b))。一方で、この認可に反対する者は、それが競争を実質的に弱め、または失わしめること、およびより反競争的でない代替措置があり得ることを立証する責任を負う。他方、適用除外の認可を求める者は、運輸上の必要性または公共の便宜を立証する責任を

(甲南法学'11) 51-3-242 (544)

負う（41309条（c）（2））。

次に、かりにアライアンス協定が、41309条（b）（1）の意味での公共の利益を害するとは認められない場合、運輸長官は、当該協定の適用除外申請を認可するものとされているが、そのとき当該協定に適用除外を認可するに十分な公共の便宜が存在するかどうかが審査される（41309条（b）⁽¹⁶⁾）。

なお、前述の通り国際協定を除いてあらゆる種類の協定に係る適用除外は1989年1月1日付で失効したことに伴い、現在、航空産業の国内規制については司法省が執行する反トラスト法によっている。したがって、米国では国際航空分野においてのみ反トラスト法からの適用除外制度が残されている⁽¹⁷⁾。

Ⅲ DOT におけるアライアンス協定に対する ATI の実務

このように、DOT におけるアライアンス協定に対する ATI の実務で、重要となるポイントは、①当該アライアンス協定が競争を実質的に弱め、または失わせるものかどうか（競争要件の審査）、②当該アライアンス協定は公共の便宜（国際礼譲と外交的配慮を含む）の達成のために必要かどうか（公益要件の審査）⁽¹⁸⁾の2点である。では、実際に DOT はこれらの審査をどのように行ってきたのであろうか。

1. 競争要件の審査

まず、競争要件の審査について。DOT によれば、アライアンス協定は、各航空会社に対する各国政府による所有規制（外資規制）が厳格なことを理由に、合併の次善ないし代替の策として採用される、いわば JV (joint venture) であるから、したがって条文上の substantially reduces or eliminates competition という文言の解釈は、クレイトン法7条（合併規制）の解釈によるべきという⁽¹⁹⁾。このこと自体は ATI 実務において一貫した

DOT の解釈態度であるが、しかし、以下に見る通り、DOT によるその解釈の内実は、必ずしも額面通りに受け取ることができない面を含んでいる。

(1) 市場画定

まず、市場画定 (market definition) について。DOT の解釈ははなはだ直感的であり、客観的な資料に裏付けられた検証可能な形で、必ずしもこれを行うものではない。例えば、大西洋路線に係るアライアンス協定について、大西洋間 (米国—欧州間) 市場、米国—当該国間市場そして複数のシティペア市場 (特定の二都市間のノンストップ (定期便) 路線に係る市場) を画定することが常である⁽²⁰⁾。しかし、DOT は、これらに関する実証的な需要代替性および供給代替性分析にはほとんど触れることがない⁽²¹⁾。このことは DOT が ATI から特定路線の特定部分を除外する (Curve Out 以下、単に除外措置。適用除外からの除外なので、本則に戻って反トラスト法の適用がある) ときにも認められる。例えば、アライアンス協定におけるこの除外措置の初出事例である UA (ユナイテッド航空) — Luft (ルフトハンザ航空) の事案では、Frankfurt — Washington / Chicago 間のノンストップ 2 路線において除外措置が採用されている。どうして競争保護のために除外措置を採用する必要があるのかの前提には、どのような市場範囲で競争に悪影響があるかが示されなければならないはずだが、DOT の説明は明確ではない。また、このことが司法省反トラスト局 (以下、DOJ) との連携の下で行われたとはいうものの、他方、DOT は条文解釈と ATI 認可に係る最終権限は、自らにあると強調している⁽²²⁾。

私見では、国内・国際を問わず、航空事業における競争法による市場画定作業の考え方の起点は、特定の二都市間のノンストップ (定期便) 路線に係る市場にある⁽²³⁾。そこから需要代替性および供給代替性分析を経 (甲南法学'11) 51-3-244 (546)

つつ、各々の事案の実情に照らして、役務範囲の代替性については当該路線に係るワンストップ路線（第三都市を経由して上記都市間を結ぶ路線）等が含まれるか、地理的範囲の代替性については同一都市に複数空港がある場合（例、NYのJFKとニューアーク・リバティー、ロンドンのヒースローとガトウィック等）、それらのどれまでが含まれるか等々が検討されるべきであろう。しかし上記の通り、DOTの解釈手法は必ずしもこのような考え方に沿っているとは言えない。

（２）競争の実質的制限の合理的蓋然性

市場が画定されると、当該アライアンス協定が、単独にまたは他の競争者と協調して、当該市場において市場支配力を形成・維持・強化する合理的蓋然性があるかどうかの問題となる。DOTは、司法省・FTCの水平合併規制ガイドラインに従うと明言しており、市場支配力の形成・維持・強化の合理的蓋然性の有無を問題にする点では同じである。しかし、私見では、ここでDOTはOSAによる供給サイドでの潜在的参入可能性の拡大を、過大に評価する。DOTにとって、そもそも米国と当該アライアンス提携先の航空会社が属する各国との間にOSAが締結されていることは、ATI付与の不可欠の前提である。⁽²⁴⁾これにより両国の航空会社は、相互に、どの都市から、どの都市に対しても自由に路線・料金・便数・機体の大きさ等を設定することができる。この状況の下、上記の通り市場画定作業における供給代替性分析が事実上行われなかったことも関わって、たとえ当該アライアンス協定の当事者のシェアが特定のシティペア市場において非常に高くなろうとも、OSAに伴う潜在競争圧力の強さを過大に信頼するDOTにとって、それは大きな問題ではない。アライアンス協定が「競争を弱めるかどうかの判断にあたり鍵となる考慮要素は潜在競争である。つまり不適切なサービスや競争水準以上の価格設定に対応して、他の航空会社が関連市場に参入できるかどうか」であると⁽²⁵⁾

される。実際、DOT が、集中度判定、市場支配力判定の簡易指標として HHI (Herfindahl-Hirschman Index) を用いることはまれである。⁽²⁸⁾ 供給サイドでの潜在競争の重要性に着目する点それ自体については、DOJ も DOT も変わらない。しかし DOJ の合併規制において、それは単なる参入可能性の見込みではなく、その「規模・性質・範囲において、時宜を得た、蓋然性の高い、十分なもの (would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope)」⁽²⁹⁾ でなければならない。早期に参入が企図され、またその将来の事業継続が確かに見込まれ、かつ合併当事会社グループに競争制約を与えることのできるような参入でなければ、ここで考慮するに値しない。DOT においては、この意味での実証的な競争分析はほとんどの場合に欠けている。私見では、要するに、明示的に参照してはいないものの、かつての米国国内での航空事業における規制緩和政策におけると同様、DOT のこのような解釈姿勢は、いわゆるコンテストバリティ理論に暗黙裡に深く依存しているように見受けられる。

DOT の、供給サイドにおけるこの潜在競争論に関わって以下の諸点を指摘したい。1 つは、この OSA の (潜在) 競争促進効果に関する DOT の態度は、いったん OSA が締結されて以降においても基本的に変わらないことである。確かに OSA 締結の、いわば呼び水として ATI の認可を持ち出し得る点は、上記の通り米国航空法自体が「外交的配慮を含む」との文言を有する以上、当然あり得る。しかし、ひとたび OSA が締結されて、各航空会社間で競争が開始されれば、それ以降の ATI 認可においてこの論理は採れないはずである。しかし DOT によれば、OSA 締結後であっても、ATI 認可は、まだ OSA を締結していない諸国に対するアナウンスメント効果の意味で、またたとえ締結されているとしても当該国との間で OSA は常にその保持・確保のための努力が必要となる (でない⁽³⁰⁾と破棄される) という意味で、重要であるとされる。確かにこの点は非競争的な考慮要素として、また外交的考慮の問題として重要であること (甲南法学'11) 51-3-246 (548)

自体は否定できない。しかしこのメリットは競争要件に係る考慮要素であるべきでなく、公益要件に係る考慮要素とされるべきである。この点に関する DOT の解釈は、いたずらに競争要件に係る解釈を混乱させるだけであるように見える。

2 点目は、この DOT の供給サイドの潜在競争論に係る解釈姿勢は、米国航空法の文言と関わりがあるかも知れない。上記の *substantially reduces or eliminates competition* という文言は、シャーマン法上の *restraint of trade or commerce* や *monopolize any part of trade or commerce*、またクレイトン法上の *substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly* ともと一致しない。DOT のクレイトン法 7 条基準によるという言明からの解釈の乖離は、この文言の違いによって説明される余地がある。実際、DOT は、少なくない ATI 認可事例で、当事者間での競合路線がないときに特定のシティペア市場において既に獲得されている高いシェア自体は問題にしない⁽³¹⁾（このとき、確かに当事会社グループのシェア自体はアライアンス協定の締結後も変化しない）。また、この評価は、提携前に当事会社グループが *guaranteed block-space reservation* を伴わないコードシェアリングをしていた場合のように、前後で競争状況にさほど変化が見込まれない場合も同じである⁽³²⁾。何故ならそこで価格競争は既に事実上なかったのであるから、提携を通じてそれをさらに *reduces* したり *eliminates* することはないとも考えられるからである。このように、確かに、問題となるアライアンス協定の中には、既存の競争を、日常用語の意味で *reduces or eliminates* しないとも考えられる事案が、全くないわけではない。実際に DOT がこう解釈しているとは必ずしも思われないが、しかし万一そうあれば、法令用語の意味で、クレイトン法 7 条の基準に従うという DOT の解釈の額面とは矛盾することになる。

また、この点と関わって、DOT がしばしば特定のシティペア市場のノ

ンストップサービスでの競争者数の変化を考慮しない点にも触れておこう。DOT にとっては、問題となるシティペアの両端のハブのいずれかまたは両方で当事者のいずれかまたは両方がハブ支配事業者 (hub-dominant airline) でない限り、提携前後に特定市場での競争者数が例えば 3⁽³³⁾社から 2 社へ変化しても問題ではないとされている。⁽³⁴⁾

さらに、一般に、OSA を前提とするアライアンス協定に対する競争要件の審査で、DOT は、単独行動による競争の実質的制限の合理的蓋然性 (unilateral effect) については検討するが、協調行動による競争の実質的制限の合理的蓋然性 (coordinated interaction) については、まず問題にしない。通常の反トラスト法的センスで言えば、4 社から 3 社、3 社から 2 社への結合前後の変化は、一般に寡占共謀の蓋然的成立を合理的に示唆するだろう。しかし、DOT は、このような場合であっても事案を寡占共謀の観点から分析・検討することはない。この点での、ごく珍しい例外が SkyTeam⁽³⁵⁾ に係る ATI 事案である。まず SkyTeam I では、初めて 1 つのアライアンスと別のアライアンスが新たにアライアンスの共同構築を試みたという意味で (Wings 現在、既に消滅)、また米国内で主導的な競争関係にあるデルタ航空 (DL) とノースウェスト航空 (NW) という 2 つの航空会社が参加していたという意味でも新たな分析アプローチの必要性を有するものであった。当初 DOJ の指摘した寡占共謀の問題は、両社がこのアライアンス協定を通じて「国内での競争」に関する行動調整を図る懸念であった。結局本件は (スピルオーバー効果を理由とせず) 不認可処分となったことからこのアライアンス協定の持つ国内競争に対するスピルオーバー効果には触れられないまま、同様の争点が SkyTeam⁽³⁶⁾ II で蒸し返されている。そこでは、両社が DOJ との間に「反トラスト・プロトコル」なる特別の追加的な反トラスト・コンプライアンス措置を採用することを条件として ATI が認可されている (未公表で、詳細不明)。コンチネンタル航空 (CO) が UA (ユナイテッド航空) の主 (甲南法学'11) 51-3-248 (550)

導するスター・アライアンスに加わり、複数の米国航空会社が参画することになるアライアンス協定という意味では、Atlantic⁺⁺⁽³⁷⁾もそうである。本件でも、DOJと協議の上、米国航空会社については同様の追加的な反トラスト・コンプライアンス措置が付加されている（「競争ガイドライン」というだけで同じく詳細不明）。しかしいずれにせよ、DOTにおいては（見解表明がないという意味では、あるいはDOJも）、特定のシティペア等に係る国際航空市場について、当事会社グループ以外の競争者との協調的行動による競争の実質的制限の合理的蓋然性の有無を検討しようとする競争分析の視角が立てられたことはない。

（３）除外措置等の意義と範囲

アライアンス協定に係るATIにおいて一番明確な競争回復措置はこれを与えないことである（全部与えないのは不認可、例外的に一部与えないのが除外措置）。しかしここではもう少し広く、与えられるATIの法的性質・範囲等にも及んで、個別事案において与えられるATI全体における救済（問題解消）措置に関する制度設計について考えてみたい。まず、提携業務の範囲についてはどうだろうか。ATIが与えられる業務の範囲は、概して、通常の競争法的センスからして大変に広く、逆に除外措置の範囲は大変に狭い。例えば、2009年6月10日付の上記Atlantic⁺⁺に係る終局命令で、除外措置に関して、DOTは、提携前後の比較においてシティペアのノンストップ路線で4社から3社ないし3社から2社への変化に「過ぎない（only）」場合、それ以降、除外措置を課すことはないとしている（at 18）。また、たとえ2社から1社（two to oneすなわち独占）への変化であっても、それが当該アライアンス協定実現のために重要である場合は除外措置対象にしないという（同上）。

他方、競争法的センスと親和するところも全くないわけではない。DOTがアライアンス協定に対してATIを付与する期間は、通常3年（18

months) ないし 5 年に限定される。例えば、競争法における非ハードコア JV 等に係る事案に関する救済措置の時限的性格・期間等との対比において、この点は類似する。

また、ときに DOT は、ATI 認可に係る時間的限定に加えて、その地理的範囲について明示的に再確認することがある。例えば、上記 SkyTeam II および Atlantic⁺⁺に係る終局命令では、「米国反トラスト法およびそれにもとづく防御は、合衆国内で完結するあらゆる航空運送市場および大西洋間の国際航空運送市場以外のあらゆる市場において、共同申請人ら（アライアンス協定の当事者らのこと）の行為が違法な競争の制限をもたらしたか、またはもたらすこととなるという請求についてなお全て適用されるものとする」とされている。また、「合衆国内で完結するあらゆる航空運送市場に係る反競争的行動に関して、民事上・刑事上の措置または連邦機関による調査にあたり、共同申請人らは本命令により与えられる適用除外が文書その他の証拠を作成する自らの義務を免れさせるものであると言うことはできない」ともされている。さらに多少の異同はあるものの、いずれの場合も、上記の追加的な反トラスト・コンプライアンス措置から逸脱する行為について適用除外は認められない。元来、アライアンス協定に係る ATI とはこのような趣旨の限りのものではあるが、これらは制度趣旨の濫用防止のための予防措置と評価することもできる（かりにこれがなくても反トラスト法は当然に適用可能と思われる）。

さらにごく例外的ではあるが、いったん与えられた特権としての ATI であっても剥奪等されることがあり得る。上記 Atlantic⁺⁺に係る終局命令では、いつにても随時の行政調査と ATI の剥奪・修正の権限が DOT に留保されている（Appendix A）。

最後に、通常、ATI が認められると、しばしば以下のような定型的条件が課せられる。コンピュータ予約システム（computer reservation system: CRS）の保有・運営については適用除外範囲から外される。適用除（甲南法学'11）51-3-250（552）

外対象路線等に関する IATA のタリフ会議から抜ける義務が課される。旅客の出発地・目的地情報（O&D Survey Data）を始め様々な情報について収集と DOT に対する定期的報告の義務等が課される。

以上から、ATI における救済（問題解消）措置について、反トラスト法的センスからは、その範囲において大変狭く、むしろ情報の収集等の面で継続的・裁量的な事業法規制（sector-specific regulation）としての性格を濃厚に有することがわかる。

（４）ATI と私訴等のリスク除去

アライアンス協定にどうしても ATI は必須なのか、疑念が生じることがある。DOJ は、“そもそも反トラスト法リスクの負担と適正なその管理は全ての産業であたりまえに行われている⁽³⁸⁾。また、二重限界化（multiple mark ups）の除去について、より洗練されたコードシェアのような形で、他のより競争制限的でない代替策があるではないか”と指摘する。これに対し、DOT いわく、“当の DOJ 自体が反トラスト法違反の可能性を導きかねないと指摘しているではないか、またコードシェアよりも収入プールを伴う JV の方が料金低下の幅が大きい⁽³⁹⁾”。まず、単にフライト番号を共有するコードシェアリングを考えよう。これにより見込まれる供給量の増大・乗り継ぎ利便の向上等は、あたかも JV 規制におけるごとく反トラスト法上おそらく合理の原則による審査に服する。そこで競争促進効果が競争制限効果を上回る限り違法ではない。競争者コラボレーション・ガイドライン⁽⁴⁰⁾の下でも、ATI なくしても執行可能である可能性が高い。次に、収入プールを伴う JV を考えよう。当事者間での合理的な収入配分のためには、各セグメントにおける旅客数×料金の集合に係る各種情報が必要になるだろう。たとえ料金設定を別々にしているとしても、反トラスト法が価格・数量制限カルテルについて当然違法原則を採る以上、これらの情報交換は反トラスト法上違法とされるおそれがあ

る。ここには多少とも ATI の実益が認められる。しかし、それでも、ATI の必須性までは正当化できない。さらに及んで、事業遂行のための仮想的合併を考えよう。⁽⁴¹⁾これについても単なるコードシェアと同様な処理になるだろう。この意味で、全てのアライアンス協定に ATI が必須とは言いがたい。要するに、ATI がなくても反トラスト法上達成可能な共同行為の方が多く、それ抜きに共同行為の実行は考えられないという主張は、疑わしい。

検討の視点を変えて、私訴（むしろ濫訴）に係る法廷防御のコスト等、DOJ や FTC による行政調査等への対応に係るコスト等から完全に隔離され、共同行為に係る業務に専心したいというのがアライアンス側の本音であり、それを DOT が擁護しているのであるとすれば、それは何故か。換言すれば、ATI 認可は DOT の権限とされており、競争当局マターではない。そこにどのような事業法・事業政策上の意義があるのだろうか。複雑な 2 国間・多国間条約体系の中で航空産業は一般産業と違うのであり、米国航空会社が国際市場の中で競争してゆくための同等な事業環境（level operating environment）の形成を促し（すなわち OSA 締結の促進）、アライアンスの競争力とグローバル市場の中で個々の米国航空事業者が実効的に競争してゆくことこそが、米国がさらなる OSA を広めていく力を増すことにつながると考えられている。⁽⁴²⁾反トラスト法適用の単なる帰結で足りず、DOT に ATI を委ねていることにはどういう意義があるのかの問いに対し、ここに ATI 制度の本旨が示されているものと思われる。OSA と ATI のセットは米国メガキャリアの持続的な競争優位を確立するための政策パッケージに他ならず、グローバル経済の時代における米国航空産業の競争力強化とその世界展開を支えるところに、この制度が DOT によって運用されていることの意義を認めるべきである。以上に縷々述べられた競争法思考からの乖離の根源に、DOT の一貫して保持する、この事業法的・事業政策的マインドセットが横たわっていると思

（甲南法学'11）51-3-252（554）

われる。

(5) アライアンス協定は合併や JV の実質を備えているか

あらゆる DOT 決定等において、問題となっているアライアンス協定は合併・JV 類似だと説明される。確かに実際にもそうならば、合併類似の機能を有する企業が例えば料金決定をすることを共同行為であると非難するにはあたらない。仮想的に、それは単一企業の価格決定に等しい。また JV と仮定しても、あたかも共同販売や共同購入で販売・購入価格が共同決定されるごとく、その競争促進効果と競争制限効果を総合考慮するという手法の下で (under rule of reason)、これを考えることができる。しかし、少なくない事案で、経験的に見て、例えば合併であれば事業譲渡のような構造措置や知的財産権のライセンス・各種長期契約の設定など競争者に対する競争力支援等の行動的措置等が講じられることがある (問題解消措置)。また JV であれば、親会社間および親と子会社間での情報隔壁 (ファイアウォール。上記のスピルオーバー効果を禁じるため) や各参加者の JV への参加・離脱の自由の確保に関する措置 (これがあると、参加動機の点で効率性向上にのみ向けられた共同行為であると推定できる) 等が講じられることがある。それはあり得べき競争の毀損を回復させるための条件であり、したがって競争毀損の原因とその除去のための措置には因果的意味で有効な関連性が欠かせない。

アライアンス協定に係る ATI について、この点はどうか。アライアンスにも様々な形態があり、かつその具体的な形が DOT 以外に公表資料からは明らかでないことに 1 つの問題がある (情報の秘密性確保のためであろう、そもそも基本的なシェア等についてさえブランクが少なくない)。例えば、NW-KLM の場合には、年来、料金・キャパシティ等に関する共同決定と収入プールを含む事業遂行基盤の共通化 (common bottom line) がなされていたが、それは必ずしも一般的ではない。SkyTeam に

における DL と AF（エールフランス航空）の場合、適用除外対象提携事業から生じるキャパシティの追加的変更部分について限定的な収入プールを行っていたに過ぎないとされる。⁽⁴³⁾ むろん完全な合併にごく近いものもある。AF による KLM 買収（2004年）の場合、両社の法人格は別であるが、持株会社による共通の事業上の意思決定システムを有していた。このように、合併類似といってもその具体的な形態は実に様々で、したがってそれによるあり得べき毀損される競争のあり方についても本来大変に個性的で、各々の事案の事実に拘束されるはずである。にもかかわらず、DOT によって個別事案適合的な競争保護措置は採用されず、多分に定型的な措置がとられるに止まる。それは逆に言えば、認可後の ATI が、ある種、ブラックボックス化することを意味しており、この点からも事業法規制としての ATI の裁量的性格を伺うことができる。

（6）DOJ との連携

DOT によれば、競争要件に係る事実認定と法の解釈に関しては DOJ との間に密接な連携がなされていることが繰り返し述べられてきた。ただ、⁽⁴⁴⁾ その具体的な連携の内容は公表される資料から一見明らかではなく、また両省の間に鋭い見解の相違が見られることもある。連携のあり方としては、以下のパターンがある。第 1 に、DOT は、専門的行政機関としての競争当局たる DOJ の見解を受け入れ、これを命令に組み込むことがある。Atlantic⁺⁺ および Sky II に係る ATI では、DOT は、各々に米国内で主導的な複数の航空会社に関わることに伴う国内航空分野での共謀可能性に対する保護措置として、DOJ と各航空会社が合意した各々における独禁法コンプライアンス・プログラムを承認し、組み込んで⁽⁴⁵⁾いる。第 2 に、上と同じく、DOT は、UA-Air Canada、UA-Luft & SAS、AA-CAI および UA-Luft に係る ATI では、各除外措置の設計にあたって DOJ と各アライアンス協定の当事者との間の合意を終局命令に組み込んで⁽⁴⁶⁾いる。

第3に、DOTは、UA-A Canada、UA-Luftに係るATIで、特定期間（例、18ヶ月）経過後にDOTおよびDOJ合同で再度競争評価を行うことを予め準備している。第4に、最も多数に上るのは、公表資料からでは両省間の連携の具体的内容は明らかにならない。最後に、少数の事例では、両省間に見解の対立があり、DOTはDOJの反対にもかかわらず、競争保護措置が弱い状況の下であるにもかかわらずアライアンス協定を許容することがある。⁽⁴⁷⁾ いずれにせよ、競争当局の評価と判断がATI決定プロセスに関与せしめられていること、しかしそれは参酌されるに過ぎないこと、事後の競争評価に関して、必ずしも透明性が十分に確保されていると言えないことが確認される。

2. 公益要件の審査

競争要件と並んで、アライアンス協定にATIを認可する際、DOTは、それが、重大な運輸上の必要性に対処するため、もしくは重要な公共の便宜（国際礼譲と外交的配慮を含む）の達成のために必要であること、または運輸上の必要性ないし上記便宜が合理的に利用可能な、實際上より反競争的でない代替措置によっては達成できないことを、確認しなければならない。この点について、DOTはどのような評価枠組に依っているのだろうか。

私見では、公益要件の解釈に関して大きく2つの視点があるように思われる。第1は、OSAを締結することに伴いATIを認めることで、主として、アライアンス協定によって航空会社間の運行ネットワークが拡大すること、および当該アライアンス全体としての効率性の向上に伴う公益である。これをOSA促進型と呼んでおこう。OSA促進型では、ほとんどの場合、幾つかの主要路線において当該アライアンスに共に属する航空会社間での競合路線に係る市場がある場合も少なくないが（理論的には、そこでの市場支配力を有すると評価される場合に除外措置が採用

されるという枠組である点は既に述べた)、それよりもむしろ米国および当該 OSA パートナー国における各々の国際 gateway ハブ空港と米国および当該 OSA パートナー国の各国内 (ハブ) 空港とを結ぶ路線に係る市場 (各々のことを behind market、beyond market といい、ここでは乗り入れ前市場、乗り継ぎ先市場としておこう) に関わって、新たなオンラインサービス (従来たとえ同一の航空会社間でワンストップサービスが提供されていたとしても、このオンラインサービスは新規であり、かつコードシェアや収入プール (例外的) を伴うアライアンスの場合には当然に料金も安くなるのが一般的である。また、トランジット時間の短縮等に伴う乗り継ぎ利便の向上もなされることが一般的である) を提供できるようになることの方が多い。このことが、乗り入れ前市場、乗り継ぎ先市場に対してもたらず競争促進効果には大きなものがある。また、アライアンス協定は、当然、カウンター・ラウンジ施設を初めとする空港諸設備の合理化・機内食等の商品・付帯サービスの共通化・旅行代理店等に対する共同マーケティング等の形で当該アライアンス参加者の経営効率化に資することがある。もちろん、このような形での ATI 付与によるメリットを具体的に示すことで得られるであろう OSA 未締結の他国に対する外交上のアピール効果等も、広い意味での公益と見なされる。⁽⁴⁹⁾ OSA 促進型の ATI における公益とは、具体的にこのようなものを指す。

公益要件の解釈において重要と思われる視点の 2 つ目は、こうした OSA 促進型が成熟して後に現れてきた。例えば大西洋路線に係る諸市場は、こうした幾重にも張りめぐらされた米国と欧州諸国間の OSA と、それに伴い認められてきた幾つかの主要アライアンス間での競争 (DOT はこれをグローバル競争と呼称する) によって成り立ってきた。このように、OSA が成熟したところでは、新たに当該アライアンス協定に参加者を迎えるにしても、また既存のアライアンス同士がマージして新たな 1 個のアライアンスを形成するにしても、航空会社間の運行ネットワーク (甲南法学'11) 51-3-256 (558)

の追加的な拡大に多くを見込むことはできない。実際、Sky I では、このような形での追加的な公益的要素の立証が不十分であるとして、DOT⁽⁵⁰⁾ は ATI 付与を拒絶した。そこでは、新たな形での公益の達成が示されなければならない。

この要請に応えるのが、当該アライアンス内部での一層完全な効率性向上の達成である。これを OSA 成熟・効率性向上型と呼ぼう。OSA 成熟・効率性向上型でも、航空会社間の運行ネットワークの追加的な拡大等が認められないわけではない。しかしそのことよりも、DOT の公益要件分析においてより重要なポイントは、ルート選択の一層の広がり柔軟性、（一層きめ細かい乗り継ぎ調整による）所要時間の短縮、ノンストップサービスの拡大、当該アライアンス全体を通じての新しい料金体系、旅行代理店等に対する共同割引システムの導入、単なるコードシェア運行を超えたメタルニュートラルリティ（アライアンス所属のいずれの航空会社の機体が用いられたかには無関係な料金設定）の達成に伴う二重限界化（二重マークアップ）の完全削減、各航空会社の財務体力の強化等にシフトしてゆくことになる。⁽⁵¹⁾ 当然、これらの存否と程度を評価するには精細な経済分析が必要となるが、実のところ、私見では、この経済分析が十分に安定的に確立しているとまで決して見なすことはできないように思われる。⁽⁵²⁾

おわりに

以上見たように、まず第 1 に、競争要件に係る DOT の解釈は従来 DOJ の採用してきたそれからは幾分乖離するように思われる。そして、この乖離は、基本的な判断枠組に法的不安定性、法的不確実性、法的予測不可能性をもたらしている。そのため、例えば JAL が OneWorld とアライアンス協定をする方が ATI を受けやすいのか、あるいは SkyTeam とのそれはどうなのかといった、反トラスト的観点からのみ評価すれば

ある意味自明な論点についてすら一抹の疑念を抱かせるものとなっている。また、ATI 付与後の競争評価の検証が困難であることも、このような法的安定性・法的確実性・法的予測可能性の向上を妨げる一因となっている。

また、公益要件に係る DOT の分析も、OSA 促進型から OSA 成熟・効率性向上型へと大きく変化してきている。米国発の大西洋路線・中南米路線など既に OSA が成熟しつつある諸市場では、今後後者をめぐる経済学的な理論と実証の分析が強く期待される。米国発の太平洋路線（就中、日本路線）、オセアニア路線およびアフリカ路線など未だ OSA 締結がなされていない多数の諸国に係る諸市場では、なお OSA 促進型の公益要件分析が重要な判断枠組を提供し続けるものと考えられる。しかしそれも、今後、米国による各国との間での OSA の締結の増加とそれに導かれるアライアンス協定の深化に伴い、後者の重要性が比例的に増大してゆくものと思われる。

最後に、以上見たような米国の国際航空事業における反トラスト法からの適用除外制度の真の意義は、実は、複雑な 2 国間・多国間条約体系の中で航空産業は一般産業と違っており、米国航空会社が国際市場の中で競争してゆくための同等な事業環境（level operating environment）の形成を促し（すなわち OSA 締結の促進）、米国航空会社によって主導されるアライアンスの競争力を強化すると共に、グローバル市場の中で個々の米国航空事業者が実効的に競争してゆく基盤を提供しようとするところにあるように見える。DOT が、反トラスト法の単なる適用で満足せず、場合によって DOJ の反対を押し切ってまで ATI を与えることの背景には、まさしくこのような産業政策的考慮が横たわっていると言うことができる。

- （１） 従来、伝統的に、国際航空事業において、出発地点・中間地点・目的地点・以遠地点を含むどの路線について、どの航空会社が、どれだけの便数・運送容量（甲南法学'11）51-3-258（560）

等（輸送力）で運行等するかについては、すべて二国間航空協定で定められてきた（シカゴ・バミューダ条約型。参照、古畑真美「国際航空に関する諸外国の制度等」政府規制等と競争政策に関する研究会・平成19年4月20日・配付資料3）。国際航空事業における、この厳格な政府管理の規制を自由化の方向で変更し、航空会社が自由に輸送を供給できるような環境を整えようとするのがオープンスカイ政策である。1992年以降に唱えられてきた米国政府の「オープンスカイ政策」は、米国と2国間航空自由化協定の締結国との間における路線・座席数・便数等における完全自由化および料金設定、チャーター便や貨物の自由化等を内容とする。米国のオープンスカイ政策は、世界的な航空自由化の流れと歩調を合わせて推進されてきた。米国は、現在、地域も経済発展の段階も様々な90以上の国・地域との間で、この種のオープンスカイ協定を締結している。また、米国政府は、2国間だけでなく、例えばMALIAT（米国・ブルネイ・チリ・ニュージーランド・シンガポールによる多国間航空自由化協定、2001年5月1日締結）という形で、あるいはEU 27ヶ国との間で、多角的な航空自由化協定についても交渉を提起している。参照、オープンスカイ協定の米国政府版ひな形につき、<http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ata/114866.htm>

- (2) 「国際航空連合」とも訳される。現在、主要な航空会社は、Star Alliance、One World、Sky Teamのいずれかに属している。これらのアライアンスを通じて、参加する各航空会社は、例えば同一グループに属する他社利用であっても乗客に共通のマイレージポイントを提供することで顧客の困り込みを行い、また空港施設の共同利用や燃料の共同購入などでコスト削減を行い、さらにコードシェアリングや共同運航の場合、他社便の座席の一部を自社便の座席と同様に販売等している。
- (3) 米国反トラスト法は、通常、シャーマン法（1890年制定）、クレイトン法（1914年制定）、連邦取引委員会法（1914年制定）およびその修正法（ロビンソン・パットマン法：主として差別対価規制法）から構成されると解されている。
- (4) 参照、公取委・政府規制等と競争政策に関する研究会「国際航空市場の実態と競争政策上の課題について―国際航空協定に関する独占禁止法の適用除外制度の在り方を中心として―（平成19年11月29日）」、規制改革会議「規制改革推進のための第2次答申（平成19年12月25日）」、中間とりまとめ―年末答申に向けての問題提起―（平成20年7月2日）。
- (5) 市民は政府に対し公的規制を請願する権利を有する。この法理論を通じて、一方で各種利益グループによる立法過程への請願行動が、他方で各種申立てや訴訟提起という形での行政・司法過程への請願行動が、反トラスト法の適用を除外される。この理論の射程範囲は広範であるが、当該請願行動がごまかし（sham）で

ある場合、すなわち当該請願が請願人に有利な政府の反応を引き出すためではなく、競争事業者の事業活動を妨害するためだけに行われるような場合、その適用が否定される。

- (6) 州や地方政府によっても公的規制は広く行われ、かつ連邦規制よりも政治的影響力を直接に受けやすい。そうした公的規制のほとんどは、たとえ明示的な適用除外規定がなくても反トラスト法違反とならないであろうが、問題になるときもある。このとき、反トラスト裁判所から適用除外を得るには、①州政府は、通常の競争過程と問題の企業行為の規制枠組を置き換えるという「明確に定められ (clearly articulated)」かつ「はっきりと明示された (affirmatively expressed)」意図を持たねばならず、かつ②当該企業行動は州当局によって「積極的に監督 (actively supervised)」されていなければならない。この法理論自体は連邦主義 (federalism) の産物であって、連邦の公的規制の目的または競争の目的を保護しようとするのではなく、州の公的規制権限に適切な司法上の承認を与えんとするものである。それ故、この理論を採用する裁判所は、当該州政府の規制が政策的に妥当かどうかの実質的判断を回避しなければならない。つまり、政策措置の不備を正すのは州の政治プロセスであって、それは直接に反トラスト裁判所の役割ではないと考えられる。
- (7) 厳密に言うと、労働組合に関する適用除外は制定法と判例法の両方によっている。歴史的には、1914年クレイトン法6条による労働者は商品と見なさい旨の規定を嚆矢とし、その後裁判所によるこの点の解釈があまりにも狭いことに對し、1932年 Norris-LaGuardia 法を制定 (1935年全国労働関係法により改正) することによって広げている。
- (8) 黙示の適用除外の理論の働く局面は、その性格上明確化されていない。常にはではないが概して、裁判所は、反トラスト法の適用が事業法規制当局 (以下、規制当局) の適正な活動を妨げないように配慮し、また規制当局の判断において競争状況が関心事である場合にも適用除外にしやすい。典型的には、反トラスト訴訟が規制当局の活動を妨げ、またたとえ最終判断に至らずとも規制当局が当該論点を検討中である場合には、裁判所は黙示の適用除外を認める傾向にある。
- (9) もしある行政庁が企業の特定の行為について第一次的な監督権限を有するのであれば、反トラスト裁判所は当該行為について審理すべきではないとする判例理論のこと。
- (10) 適正な認可手続を経た料金に対しては、高額ないし反競争的であることを理由に公益事業者に対し損害賠償請求できないとする判例法理のこと。
- (11) See, eg., Goldfarb, 421 U.S. at 787, U.S. v. Underwriters Ass'n, 322 U.S. 533, 553 (1994).

米国の国際航空事業における反トラスト法適用除外制度

(12) なお、連邦取引委員会法（FTC 法）は航空事業分野を明示的にその適用対象範囲から外しており（See, Section 45 (a) (2)）、またロビンソン・パットマン法の規制対象は商品であって役務を含まないので（to discriminate in price between different purchasers of commodities）、いずれもそもそも適用がない。もっとも、航空産業では FTC 法 5 条に定める「不公正な競争方法」に相当する不公正・欺瞞的な取引慣行および競争方法は、現行法上、連邦航空法（FA Act）にもとづき、運輸長官によりほぼ同様に規制されている。

(13) See, Warren L. Dean, Jr. and Jeffrey N. Shane “Alliances, Immunity, and the Future of Aviation”, The Air & Space Lawyer, Vol.22 No.4 2010. p.18 なお、この時点では DOJ もこの扱いに賛同していたようである。

(14) 49 USC 41308, 41309 41308条（“反トラスト法からの適用除外”）

（a）定義規定

本法において、「反トラスト法」とはクレイトン法 1 条において与えられているのと同じ意味である。

（b）認可的適用除外（Exemption Authorized）

運輸長官は、それが公共の利益（public interest）によって求められていると判断する場合、次条および 42111 条に定める命令として、当該命令に係る者（person affected by the order）が当該命令により明示的に認められる事業活動および当然に意図されている事業活動を遂行するために必要と認められる範囲で、当該命令に係る者を反トラスト法の適用から除外することができる（may exempt）。

（c）申請による適用除外（Exemption Required）

運輸長官は、次条に定める協定・要請・修正・解除（agreement, request, modification, or cancellation）に係る命令において、次条（b）（1）に定める認定にもとづき、当該命令に係る者が当該命令により明示的に認められる事業活動および当然に意図されている事業活動を遂行するために必要と認められる範囲で、当該命令に係る者を反トラスト法の適用から除外することができる。

41309 条（“航空事業者間の協力協定と要請”）

（a）届出（filing）

航空事業者（air carrier）および外国航空事業者は、運輸長官に対し、彼らの間での協定（州際航空運輸に係る協定を除く）、協力協定の協議に係る当局への要請、協定の修正および解除について、正文の謄本（true copy）を、また口頭の場合には正本の完全なメモを届け出ることできる（may file）。

（b）認可（approval）

運輸長官は、前項に定める協定・要請・修正・解除につき、それが公共の利益

を害さず、かつ本法の規定に違反しないと認める場合、認可するものとする (shall approve)。しかしながら、運輸長官は以下の場合には認可しないものとする (shall disapprove)。

- (1) 運輸長官が次の事柄を認定しない限り、当該認可の時、時限審査の時、認可失効の時に、協定・要請・修正・解除が競争を実質的に弱め、または失わしめる (substantially reduces or eliminates competition)⁽¹⁴⁾ 場合

- (A) 当該協定・要請・修正・解除が、重大な運輸上の必要性に対処するために、もしくは重要な公共の便宜 (public benefits) (国際礼讓と外交的配慮を含む) の達成に、必要であること
- (B) 運輸上の必要性ないし上記便宜が合理的に利用可能な、実際上より反競争的でない (materially less anticompetitive) 代替措置によっては対処できず、もしくは達成できないこと、または

- (2) 当該協定が

- (A) 外国航空運輸において直接に航空機を運行させていない航空会社 (air carrier) と、本法第 4 章に服する航空会社 (carrier) 間のものである場合
- (B) 当該航空会社が当該運輸から受け取り得る補償について規律している場合

- (c) 通知および対処 (respond) と聴聞の機会

- (1) 協定・要請・修正・解除が届け出られたならば、運輸長官は司法長官および国務長官に対しこれを書面で通知し、それに関して書面によるコメントを送付する機会を与えなければならない。運輸長官は、自らまたは司法長官および国務長官の要請にもとづき、当該協定・要請・修正・解除は本法と矛盾するところがないか、過去に認可されたかどうかを判断するために聴聞を行うことができる。

- (2) 運輸長官における本条 (b) (1) における基準が適用される手続にあっては、協定・要請・修正・解除に反対する当事者は、それが競争を実質的に弱め、または失わしめること、およびより反競争的でない代替措置があり得ることを立証する責任を負う。協定・要請・修正・解除を擁護する者は、運輸上の必要性ないし公共の便宜を立証する責任を負う。

- (3) 運輸長官は、協定・要請・修正・解除を認可する、または認可しない自らの命令において、本条 (b) (1) により求められる認定に言及しなければならない。

- (15) substantially reduces or eliminates competition という文言は、法令用語としての反トラスト法とはずれがある。シャーマン法では restraint (制限) of trade or

commerce および monopolize any part of trade or commerce であり、クレイトン法では substantially to lessen (減殺) competition, or to tend to create a monopoly であって、reduce や eliminate とは齟齬がある。日本の航空法では「不公正な取引方法を用いるとき、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより利用者の利益を不当に害することとなるとき」国土交通大臣は独禁法からの適用除外を認可できない(航空法110条)とされており、独禁法と同一文言が用いられており、それらの解釈範囲に違いは生じない。

- (16) 以上のまとめにつき、See, Order 2010-10-4, DOT, Show Cause Order in U.S.-Japan Alliance case at 4.
- (17) この扱いは日本の航空法と異なる。航空法は、「航空輸送需要の減少により事業の継続が困難と見込まれる本邦内の各地間の路線において地域住民の生活に必要な旅客輸送を確保するため、当該路線において二以上の航空運送事業者が事業を営んでいる場合に本邦航空運送事業者が他の航空運送事業者と行う共同経営に関する協定の締結(110条1号)」および「本邦内の地点と本邦外の地点との間の路線又は本邦外の各地間の路線において公衆の利便を増進するため、本邦航空運送事業者が他の航空運送事業者と行う連絡運輸に関する契約、運賃協定その他の運輸に関する協定の締結(同条2号)」について国内外の別なく適用除外を認める。
- (18) See, eg., Order 92-11-27, DOT, Show Cause Order (仮命令。この後、利害関係者の見解表明手続を経て、終局命令(Final Order)が下される) in NW (ノースウェスト航空) — KLM (KLM オランダ航空) case, at 13. 本件は、アライアンス協定に対する ATI の初出ケース。
- (19) See, above mentioned and Order 2009-4-5, Show Cause Order in Atlantic⁺⁺ (スターアライアンス), at 6.
- (20) はなはだしい場合、DOT は、「グローバル競争」という名目で、当該アライアンス協定が全世界的規模でのアライアンス間競争を促進する効果を指摘することがある。明示されていないが、その場合、市場の地理的範囲は世界市場ということになるのであろうか。See, Order 96-5-12, Show Cause Order in UA (ユニテッド航空) — Lufthansa (ルフトハンザ航空) case, at 17.
- (21) See, eg., note 17 order, above mentioned order, at 21 and Show Cause Order in AA (アメリカン航空) — BA (英国航空) case, at 36.
- (22) See, note 19 case, at 19.
- (23) See, Statement of James J. O'connell, Deputy Assistant Attorney General, Anti-trust Division of DOJ, at Subcommittee on Aviation Committee on Transportation and Infrastructure, House of Representative, May 14, 2008, at 5.

- (24) 92年ガイドライン、その後、97年および2010年に改定 (August 19, 2010)。
 - (25) See, Show Cause Order 96-5-26, DL (デルタ航空) — Austrian — Sabena — Swissair case, at 18.
 - (26) See, Order 93-1-11, Final Order of note 17 case, at 12.
 - (27) See, note 19 case, at 18.
 - (28) ないわけではなく、都合良いと見えるときには利用している。See, Order 99-11-20, Show Cause Order of NW-KLM-Alitalia case, at 11, Order 97-6-30, Show Cause Order of UA-Air Canada case, at 22.
 - (29) See, DOJ & FTC Joint Merger Guideline, 3.0
 - (30) See, Order 2009-7-10, Final Order in Atlantic⁺⁺ case, at 11.
 - (31) See, eg., Order 1996-11-1, Order Granting Approval and Antitrust Immunity for Certain Alliance Agreement of UA-Lufthansa-SAS case, at 14.
 - (32) See, eg., Order 2002-7-39, Order Granting Approval and Antitrust Immunity for an Alliance Agreement in AA-Finland Air case, at 9.
 - (33) 現実の参入可能性にとってハブ空港の利用可能性 (スロット・空港諸施設等の競争対抗的な入手可能性) は極めて重要であり、DOT もその意義を認識している。しかし何を以てある事業者がハブを支配していると見なし得るかの基準は、ロンドン・ヒースロー空港のような明白事例 (See, Order 99-7-22 Order Terminating Proceedings of AA-BA I, Order 2002-4-4 for Docket OST-2001-11029, Final Order of AA-BA II with others, AA-BA (Oneworld) III now pending) を除いて、DOT の諸文書からは必ずしも明らかでない。他方、DOT によれば、一般に、他社ハブ空港においても、競争者には空港の利用可能性が十分に認められるとする (See, Order 2009-7-10, Final Order of Atlantic⁺⁺ case, at 17.)。
 - (34) See, above, at 20. 米国—カナダ市場が問題になったとき、DOT は、3社から2社、2社から1社になっても料金引き下げは観察されるとして、たとえばハブ空港—ハブ空港のシティペア・ノンストップ路線でもそこにハブ空港を持たないローコストキャリアが参入できていることを挙げ、競争者の数を問題にしないとする。また、参照、Order 99-4-17, Show Cause Order of AA-LAN Chile case, at 19. 本件では、AA がマイアミでハブ空港の支配事業者でありかつ提携後3社から2社への変化であるので、マイアミ—サンチアゴ間・ノンストップサービス市場 (time sensitive passenger) につき除外措置があるが、それ以外はない。
 - (35) Docket OST-2004-192 14, Order 2006-2-1 Final Order, Order 2005-12-12 Show Cause Order. 当事会社グループ間で、特定コードシェア以外の提携に関するATIは不認可。
 - (36) Docket OST-2007-28644, Order 2008-5-32 Final Order, Order 2008-4-17
- (甲南法学'11) 51-3-264 (566)

Show Cause Order.

(37) Docket OST-2008-0234, Order 2009-7-10 Final Order, Order 2009-4-5 Show Cause Order.

(38) See, DOJ Comments of the DOJ on the Show Cause Order (Public Version) at Atlantic⁺⁺ at 13.

(39) See, Final Order of the case, at 12. 後者の論点については事実認識の問題であり、特に経済学での説得的な理論展開・実証分析が待たれる。

(40) Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (04/2000)

(41) 上記の通り、各国の航空会社に対する外資規制等がこれを仮想的なものにせざるを得ないといわれる。しかし、常に全ての場合に全てのアライアンス参加者がそうなのか、疑問がある。実際、KLMはAFにより買収されたではないか。

(42) See, Final Order of Atlantic⁺⁺ at 11.

(43) See, Order 2008-4-17, Show Cause Order of Sky II at 2.

(44) See, eg., Order 96-6-33 in DL-Austrian-Sabena-Swissair case, at 2,

(45) See, Show Cause Order of the case at 14.

(46) See, Order 97-9-2 1 at 4, Order 96-11-1 at 16, Order 96-7-21 at 3, Order 96-5-27 at 3.

(47) See above

(48) 国内事例ではあるが、類似する判断枠組に係る事例として、アロハ航空・ハワイ航空に関するATIがある(See, Order 2002-9-25 at 7. DOJによれば本件は当然違法の価格カルテルと同視されるべきとされていた)。また、結局ATIは認められていないのであるが、年来のAA-BA(英国航空)のアライアンス(OneWorld)に係る事例においても同様である。なお、本件に関わって、2010年2月に下されたDOTの暫定決定については内容未確認。

(49) 本文後出のSky Iまでは、基本的に全てがこの公益要素を公益要件解釈における評価根拠事実としていると思われる。

(50) See, Order 2006-2-1 at 5.

(51) See, Sky II Show Cause Order at 13 et seq.

(52) Atlantic⁺⁺では、コードシェアリングに伴う価格の低下割合と二重限界化の完全除去による価格の低下割合等の対比について、DOTはDOJの見解を激しく批判している。See, Order: 2009-7-10, Final Order at 12. いずれが妥当なのかは少なくとも筆者には不明である。この分野での経済学の理論と実証の深化が待たれる。除外措置に関する最近の論文として、See, Jan K. Brueckner & Stef Proost, Carve-Outs Under Airline Antitrust Immunity, CESIFO WORKING PAPER NO. 2848, CATEGORY 11: INDUSTRIAL ORGANISATION NOVEMBER 2009.